

Concepto 10240 – S215848

02 de Agosto de 2011

Ministerio de la Protección Social

Sin reglamentar Art. 26 y 27 de la Ley 1393 de 2010 sobre la Verificación aportes del trabajador independiente.

Hemos recibido su comunicación por la cual consulta sobre la verificación de aportes del trabajador independiente. Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

Respecto de la obligación que se tiene de cotizar en pensiones el trabajador independiente, debe indicarse que el artículo 3o de la Ley 797 de 2003 modificadorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece que serán afiliados al Sistema General de Pensiones:

*"1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales."*

*El literal a) del párrafo 1 del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, establece que el ingreso base de cotización del trabajador independiente no puede ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado*

Frente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social Salud, debe indicarse que el artículo 26 del Decreto 806 de 1998 en consonancia con lo indicado en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, establece que el trabajador independiente es considerado como un afiliado obligatorio al régimen contributivo.

El Artículo 26 de la Ley 1393 de 2010, prevé:

*"ARTICULO 26 La celebración y cumplimiento de las obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios estará condicionada a la verificación por parte del contratante de la afiliación y pago de los aportes al sistema de protección social, conforme a la reglamentación que para tal electo expida el Gobierno Nacional.*

*El Gobierno Nacional podrá adoptar mecanismos de retención para el cumplimiento de estas obligaciones, así como de devolución de saldos a favor.'*

De otra parte, el Artículo 27 de la Ley 1393 de 2010, indica:

"ARTICULO 27. Adiciónese el artículo 108 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

*"Parágrafo 2º. Para efectos de la deducción por salarios de que trata el presente artículo se entenderá que tales aportes parafiscales deben efectuarse de acuerdo con lo establecido en las normas vigentes.*

*Igualmente, para la procedencia de la deducción por pagos a trabajadores independientes, el contratante deberá verificar la afiliación y el pago de las cotizaciones y aportes a la protección social que le corresponden al contratista según la ley de acuerdo con el reglamento que se expida por el Gobierno Nacional. Lo anterior aplicará igualmente para el cumplimiento de la obligación de retener cuando esta proceda".*

Respecto del trabajador independiente en salud, debe indicarse que mediante sentencia de fecha 19 de agosto de 2004 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se determinó que en aras de la igualdad, en salud el trabajador independiente no puede cotizar sobre una base inferior a un (1) smlmv, modificándose así la base mínima que existía para el efecto, la cual era de dos (2) smlmv.

Frente al contratista, el Artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 regula su obligación de cotizar en materia de salud.

En materia de riesgos profesionales, debe señalarse que la afiliación de un trabajador independiente a una Administradora de Riesgos Profesionales - ARP ha sido establecida como voluntaria, caso en el cual el independiente puede afiliarse a través de las agremiaciones o asociaciones en los términos establecidos en el Decreto 3615 de 2005 modificado por el Decreto 2313 de 2006 y el Decreto 2172 de 2009.

En este orden de ideas, debe concluirse que en materia de aportes a la seguridad social del trabajador independiente, existe la regla general de que este afiliado debe cotizar obligatoriamente en salud y pensiones.

De otra parte, debe señalarse que el Decreto 3085 de 2007 reglamenta parcialmente el artículo 44 de la Ley 1122 de 2007 e indica que todos los trabajadores independientes deben declarar anualmente sus ingresos a más tardar en el mes de febrero de cada año.

De esta forma, se tiene entonces que el trabajador independiente debe cotizar obligatoriamente en salud y pensiones sobre los ingresos que declare ante la EPS y Administradoras de Pensiones (Decreto 3085 de 2007), en este caso, el monto del aporte en pensiones es del 16% ( art. 20 Ley 797 de 2003) en tanto que en salud es del 12.5% ( art. 10 Ley 1122 de 2007) monto del aporte que debe calcularse sobre la base de cotización, la cual no puede ser inferior a un (1) smlmv ni superior a veinticinco (25) smlmv.

No obstante lo anterior y como excepción a la regla de que el trabajador independiente debe cotizar en forma obligatoria y simultánea en salud y pensiones, debe indicarse que el artículo 19 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 6 de la Ley 797 de 2003 y adicionado por el artículo 2 de la Ley 1250 de 2008, contempla que los trabajadores independientes, cuyos ingresos mensuales sean inferiores o iguales a un (1) smlmv, que registren dicho ingreso conforme el procedimiento que defina el Gobierno Nacional ( Decreto 3085 de 2007), no estarán obligados a cotizar para el Sistema General de Pensiones por los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008, sin perjuicio de que esos trabajadores independientes puedan cotizar voluntariamente en materia pensional.

Aclarado lo anterior, debe indicarse que frente a la regla de cotizar simultáneamente en salud y pensiones, existe la excepción ya indicada en el párrafo anterior, la cual es aplicable en la medida en que como trabajador independiente pueda acreditar la percepción de un ingreso igual o inferior a un salario mínimo, caso en el cual deberá el cotizante manifestar el valor de su ingreso mediante declaración rendida ante notario, entre otros requisitos, los cuales deben ser acreditados ante la EPS conforme lo indicado en el artículo 3 del Decreto 3085 de 2007.

En cuanto al contratista, este debe cotizar en la forma prevista en la Circular Conjunta 000001 de 2004 expedida por los Ministerios de Protección Social y Hacienda y Crédito Público, es decir sobre el 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensualizada.

Por último y frente al tema de la verificación de aportes del contratista conforme lo reglado en el Artículo 26 y 27 de la Ley 1393 de 2010, le informo que a la fecha dichas disposiciones no han sido reglamentadas, por lo que aún no se ha determinado cómo en la práctica el contratante debe verificar el pago de aportes de su contratista.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente

JAVIER ANTONIO VILLARREAL VILLAQUIRAN  
Jefe Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo